

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/129820>

Please be advised that this information was generated on 2016-08-23 and may be subject to change.

## Reacties

### Reactie op: Notarissen/Curatoren THB

Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann,\* mr. N.E.D. Faber\*\*

#### Inleiding

In 1997 verscheen in de november-aflevering van *Ars Aequi* de annotatie van prof.mr. R.D. Vriesendorp inzake de THB-arresten van de Hoge Raad (HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 627 (Notaris V.), HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628 (Notaris M.) en HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 629 (Notaris E.)). Deze arresten hebben betrekking op de vraag of de curatoren in het faillissement van THB (onder de gegeven omstandigheden) bevoegd zijn om ten behoeve van de benadeelde schuldeisers van THB de aan die schuldeisers toebehorende vorderingen uit onrechtmatige daad geldend te maken tegenover de notarissen die betrokken zijn geweest bij de gedragingen die tot de benadeling van de schuldeisers hebben geleid. Anders gezegd: Zijn de curatoren, zonder dat zij over een procesvolmacht van de benadeelde schuldeisers beschikken, bevoegd om ten behoeve van die schuldeisers een *recht*vordering jegens de betrokken notarissen in te stellen?

Bij de beoordeling van deze kwestie dient men zich te realiseren dat de bevoegdheid van de curator om onder omstandigheden een vordering uit onrechtmatige daad ten behoeve van benadeelde schuldeisers geldend te maken, door de Hoge Raad in zijn jurisprudentie is aanvaard (voor het eerst in zijn arrest Peeters q.q./Gatzen (HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597)), hoewel voor die bevoegdheid een wettelijke basis ontbreekt. Onduidelijk is binnen welke grenzen een dergelijke bevoegdheid van de curator naar geldend recht kan worden aangenomen, alsmede hoe de bevoegdheid van de curator zich verhoudt tot de bevoegdheid van individuele benadeelde schuldeisers om *zelf* uit onrechtmatige daad te ageren. Ook roept het aanvaarden van de genoemde bevoegdheid van de curator talloze vragen op, die tot op heden in de jurisprudentie en de literatuur niet eenduidig zijn beantwoord en

ten aanzien waarvan nauwelijks valt te voorspellen hoe de Hoge Raad zal oordelen, indien een dergelijke vraag aan hem zou worden voorgelegd.

Hoewel wij aarzelingen hebben met betrekking tot de door de Hoge Raad met het arrest Peeters q.q./Gatzen ingeslagen weg, gaan wij bij onze bespreking van de annotatie van Vriesendorp uit van hetgeen, gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad, (vermoedelijk) als geldend recht moet worden beschouwd. Uit de annotatie van Vriesendorp blijkt dat hij een andere visie heeft op de positie van de curator die een vordering uit onrechtmatige daad ten behoeve van benadeelde schuldeisers geldend maakt, dan wij. Door middel van deze reactie willen wij een discussie over die positie aanwakken. Bij de bespreking van de verschillende punten nemen wij de volgorde die Vriesendorp in zijn annotatie aanhoudt, tot uitgangspunt.

#### Grondslag van de bevoegdheid van de curator

Wat de grondslag van de bevoegdheid van de curator betreft, stelt Vriesendorp dat de curator niet als vertegenwoordiger van de benadeelde schuldeisers dient te worden beschouwd (zie *AA* 1997, pp. 812-813). De curator handelt weliswaar *ten behoeve van* de benadeelde schuldeisers, maar hij handelt niet namens hen (vgl. hierover W.D.H. Asser, in: *De curator, een octopus*, Deventer 1996, p. 249 e.v., in het bijzonder pp. 253-260, alsmede S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, in dezelfde bundel, p. 139 e.v., in het bijzonder p. 159 e.v.). Dat de Hoge Raad in zijn hiervóór genoemde arresten betreffende Notaris M. en Notaris E. spreekt over een vordering die de curator *namens* de gezamenlijke schuldeisers instelt, is weinig zuiver. Wij gaan er vooralsnog van uit dat het woord 'namens' als een verschrijving van de Hoge Raad moet worden beschouwd.

\* Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann is hoogleraar burgerlijk recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

\*\* Mr. N.E.D. Faber is universitair docent burgerlijk recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

Vriesendorp stelt dat de curator ten behoeve van de *gezamenlijke* schuldeisers handelt en betoogt dat de abstracte aanduiding der 'gezamenlijke schuldeisers' aldus een functie kan vervullen. Volgens Vriesendorp is de door hem gebezigde aanduiding niet een simpele optelsom van alle faillissementsschuldeisers, maar heeft zij een eigen dynamiek. Het geheel is — zo stelt hij — meer dan de som der delen. Wij zijn dit niet met Vriesendorp eens. De curator die ten behoeve van benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad jegens een derde instelt, maakt vorderingen geldend die *niet* tot de failliete boedel behoren. De vorderingen komen aan de benadeelde schuldeisers toe, behoren tot hun respectieve vermogens. Dit is ook de reden waarom de derde die tot schadevergoeding wordt aangesproken, een tegenvordering op de gefaillieerde niet in verrekening kan brengen; aan het in artikel 6:127 lid 2 BW neergelegde wederkerigheidsvereiste wordt niet voldaan (vgl. hierover onze noot onder HR 30 september 1994, *AA* 1995, p. 124 e.v. (Kuijsters/Gaalman q.q.)). Indien — zoals de Hoge Raad sinds het genoemde arrest Peeters q.q./Gatzen aanvaardt — de curator (onder omstandigheden) bevoegd moet worden geacht de aan de benadeelde schuldeisers toebehorende vorderingen geldend te maken, zien wij niet in op basis waarvan de curator *tot meer* dan wel *tot iets anders* bevoegd zou zijn dan waartoe de benadeelde schuldeisers zelf de bevoegdheid hebben. De curator kan slechts de vorderingen van de schuldeisers geldend maken. Besluit de curator daartoe over te gaan, dan zal hij de belangen van alle benadeelde schuldeisers op gelijke wijze moeten behartigen. Van een belangenafweging zal daarbij onzes inziens geen sprake kunnen zijn. In ieder geval mag die belangenafweging er niet toe leiden dat de — niet tot de failliete boedel behorende — opbrengst van de onrechtmatige daadsactie bij anderen terecht komt dan bij de benadeelde schuldeisers, noch dat bepaalde schuldeisers meer of — zonder dat daartoe voldoende grond bestaat — minder ontvangen dan zij zouden hebben ontvangen, indien zij zelf (gezamenlijk of ieder voor zich) een vordering jegens de derde hadden ingesteld. De stelling van Vriesendorp dat de curator het belang van de totaliteit der schuldeisers (met daarbinnen tal van verschillende — soms zelfs tegenstrijdige — deelbelangen) moet behartigen ('het belang van de boedel'), is weliswaar in haar algemeenheid juist als typering van de positie van de curator als beheerder en vereffenaar van de

failliete boedel, maar bij het geldend maken van de niet tot de failliete boedel behorende vorderingen van benadeelde schuldeisers gaat die stelling onzes inziens niet op. Aan het slot van zijn annotatie (*AA* 1997, p. 815 rk) lijkt Vriesendorp overigens ook zelf ervan uit te gaan dat de curator geen ruimere bevoegdheden heeft dan de individuele benadeelde schuldeisers zelf, van wie de curator zijn bevoegdheid tot ageren afleidt.

De Hoge Raad lijkt in zijn jurisprudentie de bijzondere aard van de door de curator geldend te maken vorderingen tot schadevergoeding te miskennen. De Hoge Raad spreekt in zijn arrest betreffende notaris M. over 'de bevoegdheid van een faillissementscurator om — uit hoofde van diens taak de belangen van de gezamenlijke bij het faillissement betrokken schuldeisers te behartigen — een bij benadeling van schuldeisers betrokken derde aan te spreken'. Vriesendorp sluit zich bij deze benadering van de Hoge Raad aan. Wij betwijfelen echter of de hier bedoelde (bijzondere) bevoegdheid van de curator wel onder de algemene taak van de curator ex artikel 68 lid 1 Fw is begrepen. Onzes inziens valt het door de curator geldend maken van vorderingen van benadeelde schuldeisers jegens een derde niet onder 'het beheer en de vereffening van den faillieten boedel' als bedoeld in artikel 68 lid 1 Fw. Het gaat immers niet om vorderingen die tot de failliete boedel behoren, maar om vorderingen die tot de respectieve vermogens van de benadeelde schuldeisers behoren.

Het voorafgaande doet de vraag rijzen waarom aan de curator zijn (bijzondere) bevoegdheid dan *wel* ontleent. De tekst noch het systeem van de Faillissementswet brengt de door de Hoge Raad aan de curator toegedichte bevoegdheid met zich. Indien schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld, staat krachtens het bepaalde in artikel 42 e.v. Fw aan de curator (onder omstandigheden) de faillissementspauliana ten dienste. Over het geldend maken van aan benadeelde schuldeisers toekomende vorderingen uit onrechtmatige daad rept de Faillissementswet met geen woord. Wij kunnen dan ook niet anders dan concluderen dat de genoemde (bijzondere) bevoegdheid van de curator enkel op de jurisprudentie van de Hoge Raad is gebaseerd.

### Ontvankelijkheidsvereisten

Vriesendorp is van mening dat de curator, wil hij ontvankelijk zijn in zijn vordering, moet stellen

dat hij optreedt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers (zie AA 1997, p. 813 rk). Wij zouden een dergelijke stelplicht niet willen aannemen. Onzes inziens is de aanduiding 'ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers' weinig zinvol (zie ook S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, in: *De curator, een octopus*, Deventer 1996, p. 162 e.v., in het bijzonder pp. 166-167). Bovendien heeft die aanduiding nauwelijks onderscheidend vermogen. De curator die ten behoeve van benadeelde schuldeisers een onrechtmatige daadsactie tegen een derde instelt, treedt niet op ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, hij treedt hooguit op ten behoeve van de (gezamenlijke) *benadeelde* schuldeisers. Daarbij is niet relevant om hoeveel schuldeisers het in het concrete geval gaat. Niet ondenkbaar is dat de curator in een concreet geval slechts optreedt voor één schuldeiser. Het antwoord op de vraag naar de ontvankelijkheid van de curator moet onzes inziens niet worden gezocht in het aantal schuldeisers dat door de onrechtmatige gedraging wordt benadeeld, maar moet worden gezocht in *de aard van de benadeling*. Het komt ons niet zinvol voor om van 'gezamenlijke schuldeisers' te spreken, ook in gevallen waarin uiteindelijk slechts één schuldeiser als gevolg van de onrechtmatige gedraging schade heeft geleden. Evenmin achten wij aanduidingen als 'collectieve benadeling' (zie Vriesendorp, AA 1997, p. 813 rk) en 'collectiviteit van de benadeling' (zie Vriesendorp, AA 1997, p. 814 lk) zinvol. Indien slechts één of enkele schuldeisers schade hebben geleden, is het gewrongen om van collectieve benadeling te spreken. Vóór het standpunt van Vriesendorp pleit dat ook de Hoge Raad een dergelijk taalgebruik bezigt. Men zie onder meer r.o. 4.3.2 van het arrest van de Hoge Raad betreffende Notaris M. Echter slechts bij oppervlakkige lezing lijken de door Vriesendorp — in navolging van de Hoge Raad — gebezigde kwalificaties enige duidelijkheid te bieden.

Onzes inziens dient voor de ontvankelijkheid van de curator een criterium te worden gehanteerd dat voldoende onderscheidende kracht heeft en praktisch bruikbaar is. Wij zouden menen dat de curator naar geldend recht ontvankelijk is in zijn vordering uit onrechtmatige daad, indien de betreffende onrechtmatige daad bestaat in een gedraging waardoor de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers met betrekking tot het vermogen van hun schuldenaar zijn verminderd (zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, in: *De curator, een octopus*, Deventer 1996,

p. 162 e.v., in het bijzonder p. 165). Dit criterium achten wij beter hanteerbaar dan dat waarvan de Hoge Raad zich bedient. Volgens de Hoge Raad is de curator bevoegd ten behoeve van benadeelde schuldeisers een vordering tot schadevergoeding tegen een derde in te stellen, indien sprake is van benadeling van schuldeisers door de gefailleerde, waarbij de genoemde derde is betrokken.

### Verweermiddelen

Vriesendorp stelt dat het feit dat de vordering door de curator is ingesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij hij het collectieve belang behartigt, en het feit dat de vordering is gericht op vergoeding van de door de schuldeisers gezamenlijk geleden schade, meebrengt dat eventuele verweermiddelen van de aangesproken derde jegens bepaalde individuele schuldeisers niet kunnen worden ingeroepen (zie AA 1997, p. 813 lk en p. 814 lk). Vriesendorp sluit zich daarmee aan bij r.o. 4.3.2 van het arrest van de Hoge Raad betreffende Notaris M., waarin de Hoge Raad woorden van gelijke strekking hanteert. Wij hebben grote moeite met het aldus onthouden van verweermiddelen aan de derde. Indien de schuldeisers zelf hun aanspraken jegens de derde geldend zouden maken, kan de derde zonder meer al zijn op individuele schuldeisers betrekking hebbende verweermiddelen aan hen tegenwerpen. Dit dient onzes inziens niet anders te worden, indien in een concreet geval de curator ten behoeve van de benadeelde schuldeisers optreedt (vgl. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, in: *De curator, een octopus*, Deventer 1996, p. 170). Het maakt daarbij geen verschil dat de curator ten behoeve van *alle benadeelde schuldeisers* ageert. De curator is niet tot *meer* of tot *iets anders* bevoegd dan de benadeelde schuldeisers tezamen. De derde dient als gevolg van het feit dat het in casu de *curator* is, die de aan de schuldeisers toekomende aanspraken geldend maakt, niet te worden benadeeld. Daar waar zelfs de *overgang* van een vordering de verweermiddelen van de schuldenaar onverlet laat (vgl. art. 6:145 BW), kan onzes inziens moeilijk worden volgehouden dat die verweermiddelen de schuldenaar uit handen worden geslagen in een geval waarin de vordering niet op een ander overgaat, maar slechts door die ander (in casu de curator) kan worden geldend gemaakt.

Vriesendorp betoogt voorts dat de vordering

van de curator niet volledig is geabstraheerd van de rechtsverhouding tussen de aangesproken derde en de individuele schuldeisers. Onzes inziens is de vordering van de curator in het geheel *niet* geabstraheerd van de rechtsverhouding tussen de aangesproken derde en de benadeelde schuldeisers. De materiële aanspraken, de vorderingsrechten, komen toe aan de individuele schuldeisers; de curator kan slechts — op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad — de aan die vorderingsrechten verbonden *rechtsvorderingen* instellen. De vorderingen die de curator geldend maakt, zijn de vorderingen van de individuele benadeelde schuldeisers. Het feit dat het om meerdere vorderingsrechten gaat, respectievelijk het feit dat het de curator is, die de aan die vorderingsrechten verbonden rechtsvorderingen instelt, maakt voor de positie van de derde geen verschil en mag onzes inziens voor hem ook geen verschil maken.

### Samenloop (materieel en formeel)

Een door de curator ten behoeve van de benadeelde schuldeisers jegens een derde ingestelde vordering uit onrechtmatige daad sluit onzes inziens een vordering van een individuele schuldeiser jegens die derde niet uit. Het gaat in casu om vorderingsrechten die aan de individuele benadeelde schuldeisers toebehoren, maar ter zake waarvan de curator op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad (onder omstandigheden) bevoegd moet worden geacht ze geldend te maken. Dat deze bijzondere bevoegdheid van de curator met zich zou brengen dat hij *exclusief* bevoegd is tot het instellen van de betreffende rechtsvorderingen, gaat ons te ver. Wij zien geen reden om aan een individuele schuldeiser de bevoegdheid te onthouden een hem toekomende vordering tot schadevergoeding jegens een derde geldend te maken (zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, in: *De curator, een octopus*, Deventer 1996, pp. 168-169, S.C.J.J. Kortmann, in: *Rechtspleging in het ondernemingsrecht*, Deventer 1997, p. 15 e.v., in het bijzonder pp. 21-24, alsmede N.E.D. Faber, noot onder Rb Utrecht 11 december 1996, *JOR* 1997/21). Dat zijn schuldenaar in staat van faillissement verkeert, kan hieraan niets afdoen. Weliswaar is dit faillissement in zoverre van belang, dat de schade die een schuldeiser lijdt, samenhangt met de verhaalsmogelijkheden die de betreffende schuldeiser ten aanzien van het vermogen van

zijn schuldenaar heeft, maar dit brengt nog niet met zich dat de curator *exclusief* bevoegd zou zijn ten behoeve van de benadeelde schuldeisers de aan hun vorderingsrechten verbonden rechtsvorderingen in te stellen jegens de derde die bij de benadeling is betrokken. Evenmin brengt het feit dat de curator tijdens het faillissement van de schuldenaar exclusief bevoegd is de (faillissements)pauliana in te stellen, met zich dat de curator dan ook — zonder wettelijke basis — exclusief bevoegd zou zijn om vorderingsrechten van schuldeisers jegens een derde geldend te maken. Noch het beleid van de curator, noch een goed beheer van de failliete boedel wordt in gevaar gebracht of op onaanvaardbare wijze doorkruist door de vorderingen van individuele benadeelde schuldeisers. Men houde voorts in het oog dat de aanspraken tot schadevergoeding van de benadeelde schuldeisers jegens de derde met de *paritas creditorum* hoegenaamd niets van doen hebben. De *paritas creditorum* is in het geding, wanneer het aanspraken van schuldeisers jegens hun failliete schuldenaar betreft, niet wanneer het — zoals in casu — gaat om aanspraken van schuldeisers jegens een derde. In de literatuur wordt dit wel eens uit het oog verloren. Zie bijvoorbeeld recent Van Koppen, diss. Tilburg, Deventer 1998, pp. 128, 132, 136 en 138-142. Van Koppen is van mening dat een individuele benadeelde schuldeiser slechts zelf kan ageren, indien hij eerst — vergeefs — heeft getracht de curator langs de weg van artikel 69 jo artikel 67 Fw tot het instellen van een vordering ten behoeve van alle benadeelde schuldeisers te dwingen. Indien de schuldeiser vervolgens zelf ageert, zou de curator volgens Van Koppen de door die schuldeiser aanhangig gemaakte procedure nauwgezet dienen te volgen en de schuldeiser zou gehouden zijn om de curator desgewenst ter zake van die procedure inlichtingen te verstrekken. Bovendien zouden de schuldeisers volgens Van Koppen alsnog hun bevoegdheid zelf te ageren verliezen, indien de benadeelde schuldeiser die een procedure tegen de derde was begonnen, door de rechter in het gelijk wordt gesteld. In dat geval zou de curator weer moeten optreden ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het behoeft na het voorafgaande geen betoog dat wij de benadering van Van Koppen niet onderschrijven. Zij is naar onze mening omslachtig en ongewenst.

In het kader van de vraag naar de mogelijke samenloop van de rechtsvorderingen van individu-

ele schuldeisers en de rechtsvordering van de curator dient onzes inziens allereerst te worden beoordeeld of de gedraging die aan de derde wordt verweten, een onrechtmatige daad oplevert jegens één of meer schuldeisers. Indien in de verhouding tussen de derde en een schuldeiser aan alle vereisten van artikel 6:162 jo artikel 6:163 BW wordt voldaan, heeft de betreffende schuldeiser een eigen vordering tot schadevergoeding jegens de derde. Iedere benadeelde schuldeiser jegens wie onrechtmatig is gehandeld, kan van de derde vergoeding van de door hem geleden schade vorderen.

Bij het voorafgaande bedenke men dat het enkele feit dat een derde een onrechtmatige daad heeft gepleegd jegens de *schuldenaar*, voor het aannemen van een onrechtmatige daad van die derde jegens één of meer *schuldeisers* van de betreffende schuldenaar onvoldoende is. In dit opzicht verschilt de positie van schuldeisers niet van die van aandeelhouders. De schade die de schuldeisers respectievelijk de aandeelhouders van de schuldenaar in een dergelijk geval lijden, is slechts *afgeleid* van de schade van de schuldenaar. Jegens de schuldeisers respectievelijk de aandeelhouders is niet onrechtmatig gehandeld, zodat alleen aan de schuldenaar zelf in dit geval een vordering tot schadevergoeding toekomt (vgl. HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288, nt. Ma (Poot/ABP), HR 29 november 1996, *JOR* 1997/26, nt. SCJK; *NJ* 1997, 178 (Dohmen c.s./Amersfoortse) en HR 2 mei 1997, *JOR* 1997/94, nt. NEDF; *NJ* 1997, 662, nt. Ma (Kip c.s./Rabobank)). Verkeert de schuldenaar in staat van faillissement, dan kan de curator als beheerder en vereffenaar van de failliete boedel deze tot de failliete boedel behorende vordering geldend maken.

Indien een derde een onrechtmatige daad jegens één of meer schuldeisers heeft gepleegd, rijst de vraag in welke gevallen de curator bevoegd is de aan de benadeelde schuldeisers toekomende vorderingsrechten geldend te maken. In de inleiding schreven wij reeds dat wij de door de Hoge Raad met het arrest Peeters q.q./Gatzen ingeslagen weg weinig gelukkig achten (vgl. hierover ook S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, in: *De curator, een octopus*, Deventer 1996, p. 159 e.v.). Neemt men echter — zoals de Hoge Raad doet — (onder omstandigheden) een bevoegdheid van de curator tot het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad ten behoeve van benadeelde schuldeisers aan, dan dient onzes inziens ter bepaling van de vraag in welke gevallen die bevoegdheid aan de curator toekomt, beslissend te

zijn of de benadeling van de schuldeisers bestaat in een vermindering van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers met betrekking tot het vermogen van hun schuldenaar. Is van een dergelijke vorm van benadeling sprake, dan is de curator onzes inziens bevoegd te ageren. Bestaat de benadeling in iets anders dan een dergelijke vermindering van de verhaalsmogelijkheden, dan is de curator niet bevoegd om ten behoeve van de benadeelde schuldeisers op te treden.

Komt men in een concreet geval tot de conclusie dat de curator onder de gegeven omstandigheden bevoegd is de vorderingen van de benadeelde schuldeisers geldend te maken, dan kan dat er onzes inziens niet toe leiden dat de benadeelde schuldeisers *zelf* hun bevoegdheid tot ageren verliezen. Anders dan Vriesendorp (zie *AA* 1997, p. 815 lk) zijn wij van mening dat de rechtsvordering ‘gericht op vergoeding van de schade die de gezamenlijke schuldeisers als gevolg van het handelen van de derde hebben geleden’ (of beter: de schade die de schuldeisers hebben geleden doordat zij in hun verhaalsmogelijkheden zijn aangetast) *niet* exclusief aan de curator toebehoort. Voor het aannemen van een dergelijke exclusiviteit bestaat, zoals wij hiervoor reeds betoogden, geen grond. De schuldeisers verliezen als gevolg van het faillissement van hun schuldenaar weliswaar de bevoegdheid tot het nemen van executiemaatregelen met betrekking tot het vermogen van hun schuldenaar, maar zij verliezen die bevoegdheid niet met betrekking tot het vermogen van een derde.

Vriesendorp geeft ons standpunt betreffende de niet-exclusiviteit van de bevoegdheid van de curator om op te treden, overigens onjuist weer (zie *AA* 1997, p. 814, noot 18). De inhoud van zijn noot 18 ziet op de door ons hiervoor aangesneden problematiek inzake Poot/ABP, Dohmen c.s./Amersfoortse en Kip c.s./Rabobank, die onzes inziens zowel op aandeelhouders als op schuldeisers betrekking heeft. Wij hebben betoogd dat *het enkele feit* dat een derde onrechtmatig heeft gehandeld jegens een vennootschap, nog niet met zich brengt dat tevens sprake is van een onrechtmatige daad van die derde jegens aandeelhouders of schuldeisers van de vennootschap. Met de vraag of een individuele schuldeiser bevoegd is uit onrechtmatige daad te ageren, indien *vaststaat* dat door een derde jegens hem onrechtmatig is gehandeld, respectievelijk met de vraag of die schuldeiser ook kan ageren, indien de curator ten behoeve van alle benadeelde schuldeisers optreedt, heeft dit niets van doen.



Vriesendorp gaat ervan uit dat de benadeelde schuldeisers de curator langs de weg van artikel 69 Fw (uitlokken van een bevel van de rechter-commissaris) kunnen verplichten tot het te hunnen behoefte geldend maken van de aan hen toekomende vorderingen tot schadevergoeding (zie *AA* 1997, p. 815 rk). Wij menen dat enige twijfel op zijn plaats is. De curator mag dan weliswaar op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad (onder omstandigheden) *bevoegd* zijn ten behoeve van de benadeelde schuldeisers uit onrechtmatige daad te ageren, of hij daartoe ook verplicht is, dan wel langs de weg van artikel 69 Fw kan worden verplicht, is twijfelachtig. Onzezeker is of het hier wel gaat om een belang waarvoor een schuldeiser langs de weg van artikel 69 Fw kan opkomen. De vordering tot schadevergoeding die de curator geldend kan maken, behoort immers niet tot de failliete boedel.

Aan het slot van zijn annotatie lijkt Vriesendorp zichzelf overigens tegen te spreken. Hij spreekt daar over 'het ontbreken van het toezicht door de R-C' (zie *AA* 1997, p. 815 rk). Kennelijk is Vriesendorp van mening dat de hier aan de orde zijnde bijzondere bevoegdheid van de curator niet aan het toezicht van de rechter-commissaris is onderworpen. Indien dat zo is, kan onzes inziens echter niet worden volgehouden dat een schuldeiser op grond van artikel 69 Fw een bevel van de rechter-commissaris kan uitlokken om van de genoemde bijzondere bevoegdheid gebruik te maken.

Overigens achten wij het niet ondenkbaar dat de Hoge Raad tot het oordeel zal komen dat de weg van artikel 69 Fw door een schuldeiser *wel* zou kunnen worden gevolgd. De Hoge Raad rekent de hier aan de orde zijnde bijzondere bevoegdheid van de curator immers tot de taak van de curator 'de belangen van de gezamenlijke bij het faillissement betrokken schuldeisers te behartigen'. Het is dan niet uitgesloten dat de curator — uitgaande van de benadering van de Hoge Raad — langs de weg van artikel 69 Fw tot het instellen van een onrechtmatige daadsactie ten behoeve van de benadeelde schuldeisers zou kunnen worden verplicht. Indien de Hoge Raad — anders dan wij hebben betoogd — tot het oordeel zou komen dat de genoemde (bijzondere) bevoegdheid van de curator *exclusief* is, ligt het onzes inziens zelfs voor de hand dat een schuldeiser de weg van artikel 69 jo artikel 67 Fw zou kunnen volgen.

## Overdracht van de vordering

Tenslotte besteedt Vriesendorp in zijn annotatie aandacht aan de vraag of de vordering uit onrechtmatige daad door de curator aan een schuldeiser zou kunnen worden overgedragen (zie *AA* 1997, p. 815 rk). Vriesendorp komt tot de conclusie dat dit inderdaad mogelijk is. Ook op dit punt verschillen wij met hem van mening. Vriesendorp miskent onzes inziens dat dient te worden onderscheiden tussen de materiële aanspraak ('de vordering') en de actie waarmee die vordering geldend kan worden gemaakt ('de rechtsvordering'). Dit onderscheid wordt eveneens miskend door Van Koppen, diss. Tilburg, Deventer 1998, p. 132. Anders dan Vriesendorp is Van Koppen overigens van oordeel dat 'de vordering' van de curator *niet* kan worden gecedeerd aan een individuele schuldeiser, omdat dat in strijd zou komen met de *paritas creditorum*.

De *vorderingen* tot schadevergoeding, waarom het in casu gaat, komen — ook in de visie van Vriesendorp — toe aan de benadeelde schuldeisers. Zij zijn crediteur van de betreffende vorderingsrechten. De curator kan deze vorderingsrechten niet overdragen. Dat kunnen slechts de schuldeisers zelf. De curator kan wel, uitgaande van de benadering van de Hoge Raad, (onder omstandigheden) de aan de vorderingsrechten verbonden *rechtsvorderingen* instellen. Deze rechtsvorderingen (die onzes inziens ook door de schuldeisers zelf kunnen worden ingesteld) lenen zich echter niet voor zelfstandige overdracht (vgl. art. 3:304 BW). De door Vriesendorp (en Van Koppen) opgeworpen vraag of de vordering uit onrechtmatige daad door de curator kan worden overgedragen aan een individuele schuldeiser, achten wij dan ook een *non-issue*.

Voor alle duidelijkheid merken wij op dat de kwestie die Vriesendorp aansnijdt, een andere is dan de vraag die in het arrest Den Toom/De Kreek q.q. aan de orde was. In dat arrest heeft de Hoge Raad (onder meer) beslist dat de vordering ex artikel 2:138 (248) BW niet door de curator aan een schuldeiser kan worden gecedeerd; de vordering is uit haar aard niet overdraagbaar. De vordering ex artikel 2:138 (248) BW is een vordering die aan de failliete vennootschap toekomt en die exclusief door de curator in het faillissement van de vennootschap kan worden gelidend gemaakt. De vordering ex artikel 2:138 (248) BW valt binnen de algemene bevoegdheid van de curator als beheerder en vereffenaar van de failliete boedel (anders: Vriesendorp, *AA*

1997, p. 811 1k). De opbrengst van de vordering komt via de failliete boedel aan de schuldeisers van de vennootschap ten goede. Nu de vordering uit hoofde van artikel 2:138 (248) BW tot de failliete boedel behoort, waarover de curator de bevoegdheid tot beheer en beschikking heeft, is de vraag of *deze* vordering zich voor cessie leent, *wèl* een reële vraag. De Hoge Raad heeft deze vraag — zoals gezegd — ontkennend beant-

woord. Zie meer uitvoerig over de kwestie aan wie de vordering ex artikel 2:138 (248) BW toebehoort, S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *WPNR* 6249 (1996), pp. 899-906, met reactie en naschrift, *WPNR* 6272 (1997), pp. 357-360.

Het nawoord van prof.mr. R.D. Vriesendorp op deze reactie zal geplaatst worden in het juni-nummer 1998 van *Ars Aequi*.